

Persönliche Anhörung in Kindschaftssachen

So wahren Sie das Kindeswohl optimal

SONDERAUSGABE

Anhörungen: Leitfaden für eine kindgerechte und rechtssichere Verfahrensführung

A. Anhörung des Kindes gem. § 159 FamFG	1
1. Anhörung und Verschaffen eines persönlichen Eindrucks	2
2. Anwesenheit Dritter bei der Kindesanhörung	5
3. Absehen von der Anhörung wegen eines schwerwiegenden Grundes	6
4. Anhörung zur Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes	6
B. Anhörung der Kindeseltern.....	7
C. Anhörung des Jugendamts.....	7
D. Anhörung des Verfahrensbeistands	9
E. Anhörung des Sachverständigen	9
F. Verfahrensrecht.....	10
1. Gerichtliche Anordnung ist unanfechtbar	10
2. Vermerk über die Anhörung des Kindes, § 28 Abs. 4 FamFG	10
3. Verstoß gegen die Anhörungspflicht.....	11
4. Wirksamwerden der Entscheidungen in Kindschaftssachen	12
5. Qualifikation von Richtern und Verfahrensbeiständen	12
6. Fehlerhafte telefonische Anhörung	12
7. Geltung des § 159 FamFG im einstweiligen Anordnungsverfahren	13
8. Beschwerdeverfahren.....	14

Wir helfen Ihnen gern!

Es ist unsere Aufgabe, Sie mit praktischem Wissen und konkreten Empfehlungen im Beruf zu unterstützen. Manchmal bleiben dennoch Fragen offen oder Probleme ungelöst. Sprechen Sie uns an! Wir bemühen uns um schnelle Antworten – sei es bei Fragen zur Berichterstattung, zur Technik, zum digitalen Angebot oder zu Ihrem Abonnement.

**Für Fragen zur Berichterstattung:**

Dr. Gudrun Möller
Redakteurin (verantwortlich)
Telefon 02596 922-48
Fax 02596 922-80
E-Mail moeller@iww.de

**Für Fragen zur Technik (Online und Mobile):**

Andre Brochtrop
Stellv. Leiter Online
Telefon 02596 922-12
Fax 02596 922-99
E-Mail brochtrop@iww.de

**Für Fragen zum Abonnement:**

IWW Institut, Kundenservice
Max-Planck-Straße 7/9
97082 Würzburg
Telefon 0931 4170-472
Fax 0931 4170-463
E-Mail kontakt@iww.de

PERSÖNLICHE ANHÖRUNG

Anhörungen: Leitfaden für eine kindgerechte und rechtssichere Verfahrensführung

von RA Michael K. Wolff,
FA Familienrecht, FA Strafrecht, FA Verkehrsrecht, Essen

| In Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) setzt eine an den Belangen des Kindes orientierte Entscheidung i. d. R. voraus, dass die Beteiligten und allen voran das Kind angehört werden. Die Sonderausgabe erläutert, was bei einer Anhörung des Kindes, der Kindeseltern, des Jugendamts, des Verfahrensbeistands sowie des Sachverständigen zu beachten ist. |

A. Anhörung des Kindes gem. § 159 FamFG

Die Anhörung des Kindes dient dazu, von Amts wegen (§ 26 FamFG) den Sachverhalt aufzuklären (Johannsen/Henrich/Althammer-Döll, Familienrecht, 7. Aufl., § 159 Rn. 2). Das Kind soll seine persönlichen Beziehungen zu den übrigen Familienmitgliedern darlegen können. Die Pflicht, das Kind anzuhören, ergibt sich von Verfassungs wegen aufgrund der Stellung des Kindes als Subjekt des Verfahrens, seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG sowie seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie dient dazu, das Kindeswohlprinzip verfahrensrechtlich abzusichern (Johannsen/Henrich/Althammer-Döll, a. a. O., Rn. 1). Das Gericht ist nach § 159 FamFG verpflichtet, das Kind in allen Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) einschließlich der Verfahren der einstweiligen Anordnung (§ 51 Abs. 2 S. 1 FamFG) oder der Festsetzung von Ordnungsmitteln nach §§ 89, 90 FamFG persönlich, d. h. mündlich, anzuhören (Johannsen/Henrich/Althammer-Döll, a. a. O., Rn. 1).

Kindschaftssachen nach § 151 FamFG sind

- die elterliche Sorge (Nr. 1),
- das Umgangsrecht und das Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes (Nr. 2),
- die Kindesherausgabe (Nr. 3),
- die Vormundschaft (Nr. 4),
- die Pflegschaft oder die gerichtliche Bestellung eines sonstigen Vertreters für einen Minderjährigen oder für ein bereits gezeugtes Kind (Nr. 5),
- die Genehmigung von freiheitsentziehender Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1631b BGB, auch i. V. m. § 1795 Abs. 1 S. 3 und § 1813 Abs. 1 BGB (Nr. 6),
- die Genehmigung oder Anordnung einer freiheitsentziehenden Unterbringung, freiheitsentziehenden Maßnahme oder ärztlichen Zwangsmaßnahme bei einem Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker (Nr. 7) oder die Aufgaben nach dem Jugendgerichtsgesetz (Nr. 8).

MERKE | Die Pflicht, das Kind mündlich anzuhören, beruht auf dem Gedanken, dass sich ein Kind nicht hinreichend schriftlich äußern kann und bei einer nur schriftlichen Anhörung die Gefahr besteht, durch die Eltern beeinflusst zu werden.

Sinn und Zweck
des § 159 FamFG

Kindschaftssachen

Kinder sind
mündlich anzuhören

Neu: Kinder sind unabhängig von ihrem Alter anzuhören

Ausnahmen nach § 159 Abs. 2 FamFG

Dritte können helfen, wenn von der Anhörung abgesehen wird

1. Anhörung und Verschaffen eines persönlichen Eindrucks

Das Gericht muss nach § 159 Abs. 1 FamFG das Kind persönlich anhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind verschaffen.

a) Regelungsgegenstand des § 159 FamFG

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.21, BGBl I 21, 1810) wurde zum 1.7.21 § 159 Abs. 1 bis 3 FamFG neu gefasst (Beck-OK/Schlünder [Stand 1.8.24], § 159 FamFG Rn. 1; Ernst FamRZ 21, 993; Kischkel, FamRZ 21, 1595). Ein Schwerpunkt war, dass die Altersstruktur aufgehoben wurde. Nach § 159 FamFG a. F. musste das Kind stets persönlich angehört werden, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat. Nach der Rechtsprechung musste aber schon ein Kind ab dem 3. Lebensjahr angehört werden, und zwar sowohl in sorge- als auch in umgangsrechtlichen Verfahren (vgl. nur BVerfG FamRZ 10, 1622, 1623; BGH, FamRZ 19, 115). § 159 Abs. 2 FamFG a. F. legte fest, dass ein Kind, das das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, persönlich anzuhören war, wenn die Neigungen, Bindungen oder dessen Wille für die Entscheidung bedeutsam waren oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt war. Nur aus schwerwiegenden Gründen konnte nach der alten Fassung davon abgesehen werden, das Kind persönlich anzuhören.

MERKE | § 159 FamFG legt nun fest, dass das Gericht das Kind persönlich anhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind verschaffen muss. Die Gesetzesformulierung gibt dem Gericht insoweit kein Ermessen.

§ 159 Abs. 2 S. 1 FamFG enthält Ausnahmen, in welchen Fällen das Kind nicht persönlich angehört und sich kein persönlicher Eindruck davon verschafft werden muss. Das ist der Fall, wenn

- ein schwerwiegender Grund dafür vorliegt (Nr. 1),
- das Kind offensichtlich nicht in der Lage ist, seine Neigungen und seinen Willen kundzutun (Nr. 2),
- die Neigungen, Bindungen und der Wille des Kindes für die Entscheidung nicht bedeutsam sind und eine persönliche Anhörung auch nicht aus anderen Gründen angezeigt ist (Nr. 3) oder
- das Verfahren ausschließlich das Vermögen des Kindes betrifft und eine persönliche Anhörung nach der Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist (Nr. 4).

Im Hinblick darauf, ob ein schwerwiegender Grund vorliegt, um von der Anhörung abzusehen, gilt: Das Gericht muss eine mögliche Belastung des Kindes durch die Anhörung abwägen gegen die Vorteile, die diese Form der Sachaufklärung bietet. Wenn die Anhörung das Kind psychisch stark belasten oder seine seelische und körperliche Gesundheit beeinträchtigen würde, kann das Gericht davon absehen (BGH NJW 19, 432; BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 159 FamFG Rn. 12).

MERKE | In den Fällen, in denen das Gericht davon absieht, das Kind persönlich anzuhören, können Dritte, wie der Verfahrensbeistand oder Jugendamt-Mitarbeiter, dem Gericht durch eigene Feststellungen helfen (BT-Drs. 19/23707). Wenn die Anhörung keine wesentlichen Vorteile bringt und andere verlässliche Informationen vorliegen, kann ebenfalls darauf verzichtet werden. In dringenden Fällen ist die Anhörung jedoch nachzuholen, § 159 Abs. 3 S. 2 FamFG.

Ein schwerwiegender Grund, um von der persönlichen Anhörung des Kindes abzusehen, besteht aber nicht darin, dass die Eltern auf dessen Anhörung verzichtet haben, sei es, um ihrem Kind die Anhörung zu ersparen, sei es, weil die Eltern sich mit ihren Verfahrensbevollmächtigten im Gerichtstermin geeinigt haben (OLG OLG Rostock 9.12.05, 11 UF 99/05, FamRZ 07, 1835).

§ 159 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 FamFG gilt nach Abs. 2 S. 2 der Norm allerdings nicht in Verfahren nach §§ 1666 und 1666a BGB, die die Person des Kindes betreffen.

Sieht das Gericht davon ab, das Kind persönlich anzuhören oder sich einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen, ist dies in der Endentscheidung zu begründen. Hört das Gericht das Kind allein wegen Gefahr im Verzug nicht an oder verschafft es sich deswegen keinen persönlichen Eindruck von ihm, ist die Anhörung unverzüglich nachzuholen, § 159 Abs. 3 FamFG.

Das Kind soll nach § 159 Abs. 4 FamFG über den Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in einer geeigneten und seinem Alter entsprechenden Weise informiert werden, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind. Ihm ist Gelegenheit zu geben, sich zu äußern. Hat das Gericht dem Kind nach § 158 FamFG einen Verfahrensbeistand bestellt, soll die persönliche Anhörung und die Verschaffung eines persönlichen Eindrucks in dessen Anwesenheit stattfinden, § 159 Abs. 4 S. 3 FamFG. Im Übrigen steht es im Ermessen des Gerichts, wie es die persönliche Anhörung gestaltet.

MERKE | Das Gericht muss das Kind also quasi ab den ersten Lebenswochen anhören, wobei es in den ersten Lebensmonaten eher darum geht, dass sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von dem betreffenden Kind verschafft. Die Anhörung des Kindes ist nicht disponibel und erst recht nicht in das Belieben der Kindeseltern gestellt.

Die Anhörung des Kindes ist relevant, um den Kindeswillen im Rahmen einer Kindeswohlentscheidung zu ermitteln. Das OLG Hamm hat die dafür maßgeblichen Kriterien wie folgt konkretisiert (18.11.13, 8 UF 169/12):

ÜBERSICHT / Kriterien, um das Kindeswohl zu bestimmen

- **Allgemeine Erziehungseignung** der Elternteile
- **Bindung des Kindes** an Kindesvater und Kindesmutter
- **Förderungsgrundsatz:** Derjenige Elternteil erhält die elterliche Sorge, von dem das Kind für den Aufbau seiner Persönlichkeit die meiste Unterstützung erwarten kann, der für das Kind also die stabilere und verlässlichere Bezugsperson zu sein verspricht. Hierbei ist auch zu beachten, welcher Elternteil mehr Zeit hat, das Kind persönlich zu betreuen und zu erziehen.
- **Kontinuitätsgrundsatz:** Dem Kindeswohl ist mit einem möglichst einheitlichen, gleichmäßigen und stabilen Erziehungsverhalten und ebensolcher äußeren Umstände am besten gedient, sodass dem Elternteil der Vorzug zu geben sein kann, der dies eher gewährleistet.

**Ausnahme
von der Ausnahme**

**Anhörung ist
nicht disponibel**

**Kriterien, um
das Kindeswohl
zu bestimmen**

Ergibt sich keine
Präferenz zugunsten
eines Elternteils,
zählt der Kindeswille

Persönliche
Anhörung = i. d. R.
mündliche Anhörung

Kommunikatives
Element steht
im Vordergrund

- **Der Kindeswille** ist ein wichtiger Faktor: Er ist verbaler Ausdruck der Bindungen des Kindes zu den Eltern und anderen Personen, aber auch Ausdruck der verfassungsrechtlich zu achtenden Selbstbestimmung des Kindes. Es kann daher auch der klar und konstant geäußerte Wille eines fast 12-jährigen Kindes entscheidend sein (BVerfG 27.6.08, 1 BvR 311/08, FamRZ 08, 1737). An die Begründung des Kindeswillens dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Denn gefühlsmäßige Bindungen können nicht immer – wenn, nur teilweise – rational erfasst und begründet werden, weil sie ein inneres Faktum sind.
- **Bindungstoleranz** umfasst die Bereitschaft und Fähigkeit, den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil aktiv zu unterstützen und ist ein wichtiges Kriterium bei der Prüfung der Kindeswohl dienlichkeit der Übertragung der elterlichen Sorge auf den antragstellenden Elternteil.

Wenn sich allerdings bei der Abwägung aller vorstehenden Kriterien ergibt, dass die allgemeine Erziehungsfähigkeit, die Bindung, der Förderungsgrundsatz und das Kontinuitätsprinzip keine Präferenz zugunsten eines Elternteils ergeben, ist der konstant geäußerte Wille des Kindes entscheidend. Diesem Willen kommt dann entscheidendes Gewicht zu (OLG Hamm, a. a. O., Rn. 75). Dies ist insbesondere der Fall, je älter das Kind zum Entscheidungszeitpunkt ist und insbesondere auch, wenn beide Elternteile über annähernd gleiche Erziehungseignung verfügen (BVerfG FamRZ 08, 1737).

b) Persönliche Anhörung

Wie die „persönliche“ Anhörung des Kindes durchzuführen ist, regelt § 159 FamFG nicht ausdrücklich. Gemeint ist eine „persönliche“ Anhörung in Form einer „mündlichen“ Anhörung, also ein Gespräch des Richters mit dem Kind bei beiderseitiger Anwesenheit der Gesprächspersonen. Das setzt einen persönlichen Kontakt voraus (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 159 Rn. 6). Eine schriftliche Mitteilung oder ein Telefonat mit dem Kind genügen diesen Anforderungen nicht (BeckOK/Schlünder, a. a. O.; Krumm, NJ 21, 341; ausführlich dazu unten S. 12 ff.), genauso wenig wie das Gespräch mittels Videotelefonie wie Skype, FaceTime oder Ähnliches (a. A. AG Offenburg FamRZ 23, 640 zur Betreuerbestellung – Anhörung des Betroffenen im Wege der Videoübertragung mit kritischer Anm. Gietl, FamRZ 23, 640).

Bei der Anhörung steht die Kommunikation im Vordergrund, also das Gespräch des Richters mit dem Kind. Ziel ist, die Neigungen des Kindes festzustellen und seinen Willen zu erforschen (Kischkel, FamRZ 21, 1595, 1597). Das Gericht muss das Gespräch aktiv fördern. Es reicht nicht, wenn es vermerkt, dass das Kind im Termin im Maxi-Cosi anwesend gewesen sei. Vielmehr muss das Gericht unmittelbar Kontakt zum Kind aufnehmen (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2022, 19946).

Alle übrigen Anhörungsmöglichkeiten, z. B. moderne Kommunikationsformen wie Skype, Anrufe per FaceTime oder eine Videokonferenz bieten sich nur an, wenn eine persönliche Anhörung nicht möglich ist, weil das Kind z. B. im Ausland ist oder eine besondere Eilbedürftigkeit vorliegt, sodass das Gericht die im Gesetz vorgesehene persönliche Anhörung und die Verschaffung des persönlichen Eindrucks nachholen muss.

Kindesanhörungen werden richtigerweise oft recht unkonventionell durchgeführt mit dem Ziel, das Kind im familiengerichtlichen Verfahren möglichst wenig zu belasten. Einige Gerichte halten dafür ein „Kinderzimmer“ vor, in dem sich Spielsachen oder „Chill-Ecken“ befinden.

c) Persönlicher Eindruck vom Kind

Das Gericht muss sich nach § 159 Abs. 1 FamFG zudem einen Eindruck vom Kind verschaffen. Dabei geht es mehr um Methoden der visuellen Überprüfung und darum, dem Verhalten des Kindes Rückschlüsse auf seine Befindlichkeit, seine Wünsche, Neigungen und Bindungen zu entnehmen (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 159 FamFG Rn. 7; Kischkel, FamRZ 21, 1595, 1597). Hierbei handelt es sich um gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls (Köhler, FamRZ 19, 115, 118). Das Gericht kann ggf. aus dem Verhalten des Kindes Rückschlüsse auf seine Bindungen und Neigungen ziehen und diese mit dem Ergebnis der Anhörungen anderer Beteiligten oder den Berichten des Verfahrensbeistands oder Jugendamts vergleichen, um daraus entscheidungsrelevante Kriterien abzuleiten (BeckOK/Schlünder, a. a. O.).

Es bleibt zwar den Fachgerichten überlassen, wie sie den Willen des Kindes ermitteln (BVerfG FamRZ 15, 1093, 1094 m. Anm. Fischer). Im Verfahren müssen aber die persönlichen Beziehungen des Kindes zu den Eltern erkennbar werden. Dabei muss das Gericht das Alter des Kindes, dessen Entwicklungsstand und dessen sonstigen Fähigkeiten berücksichtigen (BVerfG FamRZ 19, 1437; BeckOK/Schlünder, a. a. O.).

2. Anwesenheit Dritter bei der Kindesanhörung

Das BVerfG hat klargestellt, dass außer dem Verfahrensbeistand niemand ein Recht hat, anwesend zu sein, wenn ein Kind angehört wird. Die Anwesenheit der Eltern ist i. d. R. nicht sachgerecht, weil sich das Kind nicht mehr unbefangen äußern kann (FamRZ 19, 1437; BeckOK/Schlünder, a. a. O., Rn. 22, 23). Damit die Eltern und auch die Verfahrensbevollmächtigten über den Inhalt der Kindesanhörung Informationen erhalten, reicht es aus und wird dem Anspruch auf rechtliches Gehör auch gerecht, wenn die in § 28 Abs. 4 S. 1 und 2 FamFG vorgesehene Dokumentation des wesentlichen Inhalts der Anhörung in den Verfahrensakten gewährleistet ist, wobei der Vermerk von eigenen Wertungen des Gerichts über den Inhalt der Anhörung freigehalten werden muss (BeckOK/Perleberg-Kölbel, a. a. O., § 28 FamFG Rn. 14b). Es kann wichtig sein, ggf. einen kontinuierlichen Kindeswillen zu dokumentieren, was nur möglich ist, wenn dieser im Hinblick auf die Kindesanhörung möglichst wortgetreu und insbesondere ohne Wertungen des Gerichts wiedergegeben wird. Das Gericht kann aber in einem anhängenden weiteren Vermerk seinen persönlichen Eindruck in Form eines Eindrucksvermerks fertigen.

Die Eltern haben auch kein Recht, im Wege einer Videoübertragung die Anhörung des Kindes in Bild und Ton mitverfolgen zu können. Eine derartige Übertragung der Kindesanhörung läuft dem Zweck zuwider, dass die anzuhörenden Kinder möglichst frei und unbefangen ihre Sicht der Dinge schildern können, ohne hierbei durch die Eltern in Form einer „Beobachtung“ gehandicapt zu sein (BVerfG, a. a. O.).

Persönlicher Eindruck = Beobachtung des Verhaltens des Kindes

Nur der Verfahrensbeistand darf bei der Anhörung des Kindes dabei sein

Kein Recht der Eltern auf Videoübertragung der Anhörung des Kindes

Auskunftsanspruch
setzt berechtigtes
Interesse voraus

Anhörung der Kinder
für Anspruch nach
§ 1686 BGB relevant

Kindeswohl ist
Grenze des
Auskunftsrechts

3. Absehen von der Anhörung wegen eines schwerwiegenden Grundes

Das Gericht kann nach § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG von der persönlichen Anhörung und der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks nach Abs. 1 nur absehen, wenn ein schwerwiegender Grund dafür vorliegt. Im Fall des OLG Bremen bestanden schwierige und zerstrittene Verhältnisse. Die Sachverständige hatte auf Bitte des Senats mitgeteilt, dass das Kindeswohl durch eine Anhörung gefährdet sei. Der Verfahrensbeistand hat sich dieser Einschätzung angeschlossen. Der Senat hat daher einen schwerwiegenden Grund bejaht, um von der Anhörung des Kindes abzusehen (OLG Bremen 7.9.23, 5 UF 13/23, FamRZ 23, 1973).

4. Anhörung zur Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes

Nach § 1686 BGB kann jeder Elternteil bei berechtigtem Interesse vom anderen Elternteil Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen, soweit dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Die Vorschrift will jedem Elternteil ohne Rücksicht auf die Verteilung des Sorgerechts ermöglichen, vom anderen Elternteil die wesentlichen Informationen zu den persönlichen Verhältnissen des Kindes zu erhalten, an die er anders nicht in zumutbarer Weise gelangen kann (BT-Drucks. 13/4899, S. 107; BGH FamRZ 17, 378). Ein berechtigtes Interesse ist gegeben, wenn der Antragsteller schon seit mehreren Jahren keinen persönlichen Umgang mit dem Kind mehr hatte (BGH, a. a. O.).

Das OLG Bamberg musste Fragen des Auskunftsanspruchs über die persönlichen Verhältnisse des Kindes nach § 1686 BGB entscheiden (14.3.22, 2 UF 29/22, FamRB 22, 262). Die Kinder hatten sich in ihrer persönlichen Anhörung dagegen ausgesprochen, Auskünfte zu erteilen. Es sollten insbesondere keine Fotos oder sonstige persönliche Informationen von ihnen an den Antragsteller weitergeleitet werden. Nach Meinung des OLG widerspricht eine Auskunftserteilung dem Kindeswohl, wenn die zwischenzeitlich jugendlichen Kinder einer Auskunft nachhaltig widersprechen und der Antragsteller sich schwerwiegender Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern bzw. Schutzbefohlenen (hier: mehrfacher sexueller Missbrauch und Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Schriften) schuldig gemacht hat, zumal wenn Opfer seiner Taten auch eigene Kinder waren (OLG Bamberg, a. a. O.).

In einem anderen Fall bestand nach Ansicht des OLG Bamberg aber kein Anlass, dem Vater solche Informationen vorzuenthalten, deren Offenbarung an Dritte auch in anderem Zusammenhang, etwa bei einer Bewerbung, üblich ist (BayObLG FamRZ 93, 1487). Auch der entgegenstehende Wille des 17-jährigen Kindes führte zu keinem anderen Ergebnis, da das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG das Recht des minderjährigen Kindes am eigenen Bild aus Art. 2 Abs. 1 GG verdränge. Der Anspruch aus § 1686 BGB sei nicht gegen das Kind gerichtet, sondern gegen den anderen Elternteil. Die Überlassung eines Passfotos tangiere nicht die Privat- oder Intimsphäre des Kindes (13.4.22, 7 UF 52/22, FamRB 22, 395). Das Wohl des Kindes sei im Rahmen des § 1686 BGB nicht Maßstab, sondern lediglich Grenze des Auskunftsrechts. Nur wenn und soweit konkrete Umstände dafürsprächen, dass durch die Erfüllung des Auskunftsverlangens das Kindeswohl beeinträchtigt werde, dürfe die Auskunft verweigert werden.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist der Auskunftsanspruch nach § 1686 BGB vom Rechtspfleger gem. § 3 Nr. 2a RPflG zu entscheiden, da der Auskunftsanspruch nicht unter § 14 Abs. 1 Nr. 7 RPflG fällt. Der Rechtspfleger muss die Vorschriften über die Anhörung der Beteiligten nach §§ 159 ff. FamFG beachten, also auch die Kindesanhörung durchführen.

Rechtspfleger entscheidet über Auskunftsanspruch nach § 1686 BGB

MERKE | Auch im Rahmen des § 1686 BGB ist daher die Kindesanhörung unverzichtbar und nicht disponibel.

B. Anhörung der Kindeseltern

In Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, soll das Gericht die Eltern nach § 160 Abs. 1 S. 1 FamFG persönlich anhören. In Verfahren nach §§ 1666 und 1666a BGB sind die Eltern persönlich anzuhören, § 160 Abs. 1 S. 2 FamFG. Nach Abs. 2 der Norm muss das Gericht in sonstigen Kindschaftssachen die Eltern anhören. Dies gilt nicht für einen Elternteil, dem die elterliche Sorge nicht zusteht, sofern von der Anhörung keine Aufklärung erwartet werden kann. Von der Anhörung darf nach § 160 Abs. 3 FamFG nur aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden. Unterbleibt die Anhörung allein wegen Gefahr im Verzug, ist sie nach Abs. 4 der Vorschrift unverzüglich nachzuholen.

Anhörung der Kindeseltern ist in § 160 FamFG geregelt

Mit der Anhörung wird den Eltern Gelegenheit gegeben, ihren Standpunkt im Verfahren geltend zu machen, also rechtliches Gehör zu gewähren (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 160 FamFG Rn. 1, 4). Zudem soll der Sachverhalt aufgeklärt werden, § 26 FamFG (OLG Bremen 26.1.15, 5 UF 123/14). Das Gericht soll sich einen persönlichen Eindruck von den Eltern verschaffen, also von deren Verhaltensweisen, Eigenschaften, Ansichten und damit von psychologisch bedeutsamen Umständen (Schlünder, a. a. O.).

MERKE | Der Begriff „soll“ in § 160 Abs. 1 S. 1 FamFG stellt kein freies Ermessen für das Gericht dar, ob eine Anhörung stattfinden muss (OLG Frankfurt a. M. 5.1.15, 5 UF 350/14). D. h., ein Absehen von der Anhörung bedarf einer besonderen Begründung (Schlünder, a. a. O., § 160 FamFG Rn. 3). Anzuhören sind „die Eltern“, also auch derjenige Elternteil, dem die elterliche Sorge nicht zusteht (OLG Naumburg 7.12.09, 8 UF 207/09), was sich aus einem Umkehrschluss gem. Abs. § 160 Abs. 2 S. 2 FamFG ergibt (Schlünder, a. a. O.). Von der Anhörung darf nach Abs. 3 nur aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden.

Gericht hat kein freies Ermessen bezüglich des „Ob“ der Anhörung

C. Anhörung des Jugendamts

Das Gericht muss nach § 162 Abs. 1 FamFG in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, das Jugendamt anhören. Unterbleibt die Anhörung wegen Gefahr im Verzug, ist sie unverzüglich nachzuholen. In Verfahren nach §§ 1666 und 1666a BGB ist das Jugendamt zu beteiligen, § 162 Abs. 2 FamFG. Im Übrigen ist das Jugendamt auf seinen Antrag am Verfahren zu beteiligen. Nach Abs. 3 der Norm ist in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, das Jugendamt

von Terminen zu benachrichtigen und ihm sind alle Entscheidungen des Gerichts bekannt zu machen. Gegen den Beschluss steht dem Jugendamt die Beschwerde zu, auch wenn es nicht in eigenen Rechten verletzt sein kann.

Das Jugendamt muss in Verfahren mitwirken, die die Person des Kindes betreffen. Gemeint sind alle Verfahren nach § 151 Nr. 1-7 FamFG, soweit diese Verfahren die Person des Kindes betreffen und nicht ausschließlich vermögensrechtlicher Art sind (Stößer, FamRZ 09, 656, 661). Der Begriff der personenbezogenen Kindschaftssache entspricht der Formulierung in § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, § 60 FamFG, § 160 Abs. 1 und § 161 Abs. 1 FamFG. Von § 162 FamFG umfasst sein können auch Verfahren auf Änderung (§ 166 FamFG, § 1696 BGB) oder Vollstreckung nach §§ 88 ff. FamFG (Schlünder, a. a. O., § 162 FamFG Rn. 2; BT-Drs. 16/6308, 241).

**Kein § 162 FamFG
im vereinfachten
Sorgerechtsverfahren**

Die Vorschrift gilt nicht im vereinfachten Sorgerechtsverfahren nach § 155a Abs. 3 S. 2 FamFG. In diesem Verfahren wird das Jugendamt weder angehört noch kann es sich auf seinen Antrag hin am Verfahren beteiligen. Das Gericht teilt dem Jugendamt nach § 155a Abs. 3 S. 4 FamFG seine Entscheidung mit.

Das Gericht muss in den personenbezogenen Kindschaftssachen das Jugendamt anhören. Es hat insoweit kein Ermessen (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 162 FamFG Rn. 3). Die Anhörung muss auch erfolgen, wenn das Jugendamt nicht Beteiligter ist. Es kann erst auf Antrag beteiligt werden, § 162 Abs. 2 FamFG. Die Anhörung kann und muss ggf. mehrfach erfolgen und ist in der Beschwerdeinstanz (§ 68 Abs. 3 FamFG) zu wiederholen (BGH NJW 87, 1024).

Die Vorschrift lässt den Umfang, den Zeitpunkt und insbesondere die Form offen, in der sich die Anhörung gestalten soll. Insoweit besteht ein Ermessen des Gerichts im Rahmen seiner sich aus § 26 FamFG ergebenden Amtsermittlungspflicht (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 162 FamFG Rn. 4).

Bezüglich des Umfangs der Anhörung steht dem Gericht dagegen ein Ermessensspielraum zu, dessen Grenzen der Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG zu entnehmen sind (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 162 FamFG Rn. 5).

**Ermessen des
Gerichts bezüglich
des Zeitpunkts
der Anhörung**

§ 162 FamFG lässt offen, wann das Gericht das Jugendamt anhören muss. Die Anhörung muss aber vor der Entscheidung erfolgt sein, weil die Anhörung eine besondere Form der Sachaufklärung ist, die es dem Gericht ermöglichen soll, zu entscheiden. Denn das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem gesamten Inhalt des Verfahrens gewonnenen Überzeugung, § 37 Abs. 1 FamFG (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 162 FamFG Rn. 7).

**Rechtmäßig
unterbliebene
Anhörung ist
nachzuholen**

Bei Gefahr im Verzug, z.B. im Fall einer einstweiligen Anordnung, kann die Anhörung des Jugendamts unterbleiben; sie muss aber nach § 162 Abs. 1 S. 2 FamFG unverzüglich nachgeholt werden. In diesem Fall übersendet das Gericht dem Jugendamt seine Entscheidung. Das Gericht muss alle Möglichkeiten ausschöpfen, um das Jugendamt anzuhören, was auch telefonisch geschehen kann (BeckOK/Schlünder, a. a. O., § 162 FamFG Rn. 8).

Hört das Gericht das Jugendamt nicht an, liegt ein schwerer Verfahrensmangel vor, § 54 Abs. 1 S. 3 FamFG. Das Jugendamt ist berechtigt, Beschwerde einzulegen, § 162 Abs. 3 S. 2 FamFG. Das Beschwerdegericht darf die Sache an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückverweisen, wenn das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet und zur Entscheidung eine umfangreiche oder aufwendige Beweiserhebung notwendig wäre und ein Beteiligter dies beantragt, § 69 Abs. 1 S. 3 FamFG. Sonst muss das Beschwerdegericht die Anhörung nachholen, § 69 Abs. 1 S. 1 FamFG (BeckOK/Schlünder, a.a.O., § 162 FamFG Rn. 10).

Die örtliche Zuständigkeit des Jugendamts, um in gerichtlichen Verfahren mitzuwirken, folgt aus § 87b Abs. 1 S. 1 SGB VIII, § 86 Abs. 1-4 SGB VIII. Die einmal begründete Zuständigkeit bleibt nach § 87b Abs. 2 S. 1 SGB VIII bis zum Abschluss des Verfahrens bestehen.

D. Anhörung des Verfahrensbeistands

Der Verfahrensbeistand wird nach § 158b Abs. 3 S. 1 FamFG durch seine Bestellung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen. Er handelt im eigenen Namen. Er steht als Beteiligter neben den Eltern und dem Kind (Schael, FamRZ 09, 265). Aus dieser selbstständigen Stellung als Beteiligter folgt, dass er nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann (BeckOK/Schlünder, a.a.O., § 158b Rn. 10). Der Verfahrensbeistand hat ein Recht auf Akteneinsicht. Ihm sind bereits getroffene und künftige gerichtliche Maßnahmen bekannt zu geben und die Schriftsätze zuzuleiten. Er ist zu Terminen zu laden und wirkt nach § 158b Abs. 2 FamFG an einem gerichtlich gebilligten Umgangs- oder Herausgabevergleich mit. Das Gericht kann den Vergleich nur billigen, wenn auch der Verfahrensbeistand zugestimmt hat, da auch er Beteiligter ist (BeckOK/Schlünder, a.a.O. § 158b FamFG Rn. 11).

MERKE | Nach § 158b Abs. 3 S. 3 FamFG ist der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes. Er kann für das Kind weder rechtsgeschäftlich handeln, also rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben oder entgegennehmen, noch kann er im gerichtlichen Verfahren als Vertreter des Kindes bezeichnet werden (BeckOK/Schlünder, a.a.O., § 158b FamFG Rn. 13).

E. Anhörung des Sachverständigen

§ 163 Abs. 1 FamFG regelt Folgendes: In Verfahren nach § 151 Nrn. 1-3 FamFG (elterliche Sorge, Umgangsrecht und das Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes sowie die Kindesherausgabe), ist das Gutachten durch einen geeigneten Sachverständigen zu erstatten, der mindestens über eine psychologische, psychotherapeutische, kinder- und jugendpsychiatrische, psychiatrische, ärztliche, pädagogische oder sozialpädagogische Berufsqualifikation verfügen soll. Verfügt der Sachverständige über eine pädagogische oder sozialpädagogische Berufsqualifikation, ist der Erwerb ausreichender diagnostischer und analytischer Kenntnisse durch eine anerkannte Zusatzqualifikation nachzuweisen. Das Gericht kann nach Abs. 2 der Norm in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, anordnen, dass der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens auch auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken soll.

Schwere Verfahrensmangel: unterbliebene Anhörung des Jugendamts

Verfahrensbeistand wird durch Bestellung Beteiligter des Verfahrens

Sachverständigen-
beweis

ARCHIV

Ausgabe 7 | 2010
Seite 109–110



Ggf. mündliche
Erläuterung
des Gutachtens
erforderlich

Gericht muss einen
Vermerk über
die Kindesanhörung
verfassen

§ 30 FamFG regelt die förmliche Beweisaufnahme mit einem Verweis auf die ZPO. Der Sachverständigenbeweis ist dort in §§ 402–414 ZPO geregelt.

In Kindschaftssachen, insbesondere in Verfahren nach § 1666 BGB, kann ein Elternteil mangels gesetzlicher Grundlage nicht gezwungen werden, sich körperlich oder psychiatrisch/psychologisch untersuchen zu lassen und zu diesem Zweck bei einem Sachverständigen zu erscheinen (BVerfG FamRZ 09, 944). Verweigert der Elternteil seine Mitwirkung, liegt keine Beweisvereitelung vor (BGH FK 10, 109). Möglich ist, dessen persönliches Erscheinen anzuordnen und ggf. gem. § 33 Abs. 3 FamFG durchzusetzen, um ihn in Anwesenheit des Sachverständigen gerichtlich anzuhören. Es besteht kein Anspruch darauf, eine Vertrauensperson bei der (psychologischen) Begutachtung hinzuzuziehen (BeckOK/Perleberg-Kölbel, a.a.O., § 30 FamFG Rn. 37a; OLG Brandenburg BeckRS 2019, 23684: keine Zuziehung einer Vertrauensperson; a.A. OLG Hamm NJW 15, 1461 in einem Sonderfall).

Das Gericht muss in der Lage sein, das Sachverständigengutachten auf seine wissenschaftliche Begründung, seine innere Logik und seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen (BGH FamRZ 12, 317). Ist ein schriftliches Gutachten unklar, unvollständig oder widersprüchlich oder geht das Gericht von einem anderen Sachverhalt aus als der Sachverständige, muss das Gericht den Sachverständigen von Amts wegen laden, damit er sein Gutachten mündlich erläutern kann, § 411 Abs. 3 ZPO (BeckOK/Perleberg-Kölbel, a.a.O., § 30 FamFG Rn. 38). Beantragt ein Beteiligter, den Sachverständigen zu laden, damit dieser sein Gutachten erläutert, muss das Gericht im Hinblick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) dem im Regelfall nachkommen (BeckOK/Perleberg/Kölbel, a.a.O.).

F. Verfahrensrecht

Verfahrensrechtlich ist Folgendes zu beachten:

1. Gerichtliche Anordnung ist unanfechtbar

Die Anordnung des Gerichts, ein Kind persönlich anzuhören, ist als Zwischenentscheidung nicht anfechtbar, § 58 Abs. 2 FamFG.

2. Vermerk über die Anhörung des Kindes, § 28 Abs. 4 FamFG

Das Gericht muss in Kindschaftssachen einen Anhörungsvermerk erstellen.

a) Vermerk über die Anhörung

In Kindschaftssachen muss nach § 28 Abs. 4 FamFG dokumentiert werden, was das Kind in der Anhörung geäußert hat, wobei der Vermerk einen persönlichen Eindruck vom Kind und seinem Verhalten vermitteln soll, § 28 Abs. 4 S. 2 FamFG. Insofern muss das Gericht das Kind explizit als eigenständige Persönlichkeit wahrnehmen. Es muss das Kind zumindest kurz in seinem Verhalten beobachten, um so auch Rückschlüsse auf seine Befindlichkeit ziehen zu können. Der Vermerk enthält das Ergebnis.

Den Beteiligten ist hierzu rechtliches Gehör zu gewähren (OLG Frankfurt 12.7.22, 1 UF 240/21). Zudem sind entscheidungserhebliche Umstände,

Anträge und gerichtliche Hinweise zu dokumentieren. Die Dokumentation liegt im Ermessen des Gerichts, eine umfassende Protokollierung des Termins ist nicht erforderlich (BeckOK/Perleberg-Kölbel, a. a. O., § 28 FamFG Rn. 14a). Die Information der Eltern über die Kindesanhörung kann in einem Protokoll, in einem Aktenvermerk oder aber in dem Beschluss erfolgen. Wie der Vermerk selbst auszugestalten ist, steht im Ermessen des Gerichts. Möglich ist,

- eine wortgetreue Wiedergabe der Anhörung des Kindes,
- ein strukturierter Vermerk nach dem „Frage-Antwort-Prinzip“ oder
- eine subjektive Zusammenfassung der Anhörung durch das Gericht.

b) Vermerk über den persönlichen Eindruck vom Kind

Im Rahmen der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks nach § 159 FamFG muss das Gericht das Kind zumindest kurz in seinem Verhalten beobachten, um so auch Rückschlüsse auf seine Befindlichkeit ziehen zu können (OLG Frankfurt 12.7.22, 1 UF 240/21, NJW 22, 2944). Auch zum Ergebnis der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks ist ein Vermerk zu fertigen, in dem die wesentlichen Vorgänge aufzunehmen sind, § 28 Abs. 4 S. 2 FamFG. Dazu gehört es auch, dass der persönliche Eindruck vom Kind und das Verhalten des Kindes im Vermerk geschildert und den Beteiligten hierzu rechtliches Gehör gewährt wird (OLG Frankfurt, a. a. O.).

c) Unterbleiben eines Vermerks

Sind die Äußerungen des Kindes nirgendwo festgehalten, leidet das Verfahren an einem schwerwiegenden Mangel. Der Beschluss ist bei erforderlichen weiteren Ermittlungen aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (OLG Brandenburg 11.2.11, 13 UF 7/11; so schon OLG Saarbrücken 21.11.05, 2 UF 13/05, FamRZ 06, 557 zum alten Recht [§ 50b Abs. 1 FGG]; weitergehend OLG Saarbrücken 6.6.12, 6 UF 20/12, wonach es genügt, wenn der wesentliche Teil der Kindesanhörung im tatbestandlichen Teil der Entscheidung wiedergegeben wird; BeckOK/Perleberg-Kölbel, a. a. O., § 28 Rn. 14c).

MERKE | Der Anhörungsvermerk nach § 28 Abs. 4 FamFG sollte den Beteiligten und ihren Verfahrensbevollmächtigten vor der mündlichen Verhandlung zugehen, damit sie sich hierauf einstellen und ggf. auch ihr Vorbringen oder ihre Zielrichtungen im Verfahren hiernach ausrichten können. Findet die Anhörung im Zuge eines Termins statt, sind die Beteiligten entsprechend zu informieren.

3. Verstoß gegen die Anhörungspflicht

Unterbleibt die Anhörung unter Verstoß gegen die Anhörungspflicht, stellt dies einen schwerwiegenden Verfahrensfehler dar, der das Rechtsbeschwerdegericht i. d. R. dazu zwingt, die Entscheidung aufzuheben und das Verfahren zurückzuverweisen. Die unterbliebene Anhörung

- des Kindes
- beider Elternteile und
- des Jugendamts

können bereits jeweils für sich gesehen eine Zurückverweisung eines Verfahrens an das Ausgangsgericht rechtfertigen, erst recht jedoch, wenn diese Verfahrensfehler kumuliert auftreten (OLG Frankfurt a. M. 5.1.15, 5 UF 350/14 Rn. 8).

Dokumentation
liegt im Ermessen
des Gerichts

Fehlt der Vermerk,
ist der Beschluss
aufzuheben

Unterbliebene
Anhörung führt
zur Aufhebung
des Beschlusses

Unterbliebene
Anhörungen sind
in der Beschwerde-
instanz nachholbar

PRAXISTIPP | Auf Antrag eines Beteiligten kann das Beschwerdegericht nach § 69 Abs. 1 S. 3 FamFG die angefochtene Entscheidung aufheben und zurückverweisen. Jedoch sollte von dieser Möglichkeit nicht schematisch Gebrauch gemacht werden. Denn unterbliebene Anhörungen können in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden. Dadurch kann nicht nur dem Beschleunigungsgebot Rechnung getragen werden, sondern auch dem Kind für den Fall einer erneuten Beschwerde nach der Zurückverweisung eine weitere belastende Anhörung erspart werden (Johannsen/Henrich/Althammer-Döll, a. a. O., § 159 FamFG Rn. 3).

4. Wirksamwerden der Entscheidungen in Kindschaftssachen

Entscheidungen in Kindschaftssachen werden gem. § 40 FamFG mit der Verkündung wirksam. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Es ist daher immer zu prüfen, ob mit der Beschwerde gem. § 64 Abs. 3 FamFG nicht sogleich die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen ist. Sonst läuft man Gefahr, dass zwar das Beschwerdeverfahren in der zweiten Instanz anhängig ist, jedoch parallel aus der Entscheidung erster Instanz vollstreckt wird. Um die Problematiken im Vollstreckungsverfahren umgehen zu können, ist für die Beschwerdeführerseite immer überlegenswert, die Aussetzung der Vollziehung gem. § 64 Abs. 3 FamFG zu beantragen.

MUSTERFORMULIERUNG / Antrag auf Aussetzung der Vollziehung

In der Sache ... / ...
beantrage ich namens und kraft Vollmacht des Antragsgegners,

die Vollziehung des Beschlusses des AG ... vom ..., Az. ... im Wege der einstweiligen Anordnung auszusetzen.

ARCHIV

Ausgabe 4 | 2022
Seite 67–70



5. Qualifikation von Richtern und Verfahrensbeiständen

Aus den Erfahrungen im sog. Staufener Missbrauchsverfahren hat der Gesetzgeber Schlüsse gezogen und die Subjektstellung des Kindes in den seine Person betreffenden Verfahren hervorgehoben und mit verstärkten Anforderungen an die fachliche Kompetenz sowohl auf der Ebene der Gerichte als auch der Verfahrensbeistände reagiert. Für die Familienrichter ist mit § 23b Abs. 3 S. 3 GVG n. F. bzw. für die Verfahrensbeistände in § 158a Abs. 1 FamFG nun als zusätzliche fachliche Qualifikation vorgesehen, dass sie auch über belegbare Kenntnisse zu kindgerechten Gesprächstechniken sowie der Entwicklungspsychologie des Kindes verfügen müssen (zu den erhöhten Anforderungen an die fachliche Eignung des Verfahrensbeistands ausführlich Herrmann, FK 22, 67 ff.).

6. Fehlerhafte telefonische Anhörung

Mit einer telefonischen Kindesanhörung befasste sich das BVerfG (7.2.22, (1 BvR 1655/21, Nichtannahmebeschluss, FamRZ 22, 694): Die mit § 159 FamFG unvereinbare, nur telefonische Anhörung eines 15-jährigen Kindes durch das Gericht im Verfahren um den Entzug der elterlichen Sorge verstößt nicht gegen das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wenn das Gericht über den eindeutigen Inhalt der telefonischen Anhörung hinaus über weitere Erkenntnisquellen verfügt, die eine am Wohl des Kindes orientierte Entscheidung auf einer zuverlässigen Tatsachengrundlage ermöglichen.

Das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Der Schutz des Elternrechts erstreckt sich auf die wesentlichen Elemente des Sorgerechts. Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern gegen deren Willen stellt den stärksten Eingriff in das Elterngrundrecht dar, der nur erfolgen oder aufrechterhalten werden darf, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt beachtet wird. Dieser Grundrechtsschutz beeinflusst auch die Gestaltung des fachgerichtlichen Verfahrens. In Sorgerechtsverfahren müssen die Familiengerichte das Verfahren so gestalten, dass es geeignet ist, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen. Ein Telefongespräch mit dem 15-jährigen Kind reicht als persönliche Anhörung i. S. v. § 159 FamFG nicht aus. Gerade in den Fällen, in denen es um den Entzug der elterlichen Sorge bezüglich des Kindes geht und die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung bedeutsam sind, muss sich das Gericht selbst einen persönlichen Eindruck von dem Kind verschaffen, also das Kind visuell und akustisch wahrnehmen.

Dies kann nur anders beurteilt werden, wenn das Gericht eine zuverlässige Tatsachengrundlage für eine am Wohl des Kindes orientierte Entscheidung ermittelt hat, sodass der vollständige Verzicht auf eine einfach rechtlich vorgesehene persönliche Anhörung in Sorgerechtsangelegenheiten mit dem Verfassungsrecht in Einklang stehen könnte, wenn er mit dem Zweck der betroffenen Anhörungsregelung vereinbar ist. Die persönliche Anhörung des Kindes dient dazu, rechtliches Gehör zu gewähren und den Sachverhalt aufzuklären.

Das OLG hätte zudem von der persönlichen Anhörung des Kindes auch nach § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG in der bis zum 30.6.21 geltenden Fassung wohl nur absehen dürfen, wenn das AG sich verfahrensfehlerfrei – hier also nicht nur telefonisch – einen persönlichen Eindruck von dem Kind verschafft hätte.

Das BVerfG lässt offen, ob bei Anwendung des strengen verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabs eine fachrechtlich fehlerhaft durchgeführte persönliche Anhörung des Kindes, § 159 FamFG, zugleich einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG darstellt.

7. Geltung des § 159 FamFG im einstweiligen Anordnungsverfahren

Gem. § 159 Abs. 1 FamFG nach der seit dem 1.7.21 geltenden Fassung muss das Familiengericht das Kind altersunabhängig persönlich anhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind verschaffen. Diese Verpflichtung gilt auch im einstweiligen Anordnungsverfahren (OLG Saarbrücken 18.2.22, 6 UF 5/22, FamRZ 22, 963). Unbeschadet dessen entspricht es – fortgeltender – ständiger höchstrichterlicher und Senatsrechtsprechung, dass Kinder in einem ihre Person betreffenden Verfahren jedenfalls bereits ab einem Alter von etwa 3 Jahren persönlich anzuhören sind (BVerfG FamRZ 10, 1622, 1623; 07, 1078, 1079; vgl. auch BGH FamRZ 19, 115).

Von der persönlichen Anhörung des Kindes kann in einem Kindesschutzverfahren nach § 1666 BGB i. d. R. nicht deshalb abgesehen werden, weil das Kind bereits in einem vorangegangenen Umgangsverfahren persönlich angehört wurde. Dies gilt umso mehr, wenn diese Anhörung nicht vom selben erkennenden Gericht durchgeführt wurde (OLG Saarbrücken, a. a. O).

Telefonat mit dem Kind reicht als persönliche Anhörung nicht aus

Anhörung auch im einstweiligen Anordnungsverfahren erforderlich

Persönlicher
Eindruck auch von
einem Säugling oder
Kleinkind erforderlich

Beschwerdegericht
kann u. U. von einer
erneuten Kindes-
anhörung absehen

BVerfG: § 68 Abs. 5
FamFG auch bei
Verfahren nach
§ 1696 Abs. 2 BGB

Erforderlich:
schwerwiegende
Eingriffe in Eltern-
oder Kinderrechte

In Verfahren, die die Person des Kindes betreffen und sich nach §§ 1666, 1666a BGB beurteilen, geht § 159 FamFG ausnahmslos davon aus, dass die Neigungen, Bindungen und der Wille des Kindes in jedem Fall für die Entscheidung bedeutsam sind, selbst wenn das Kind diese nicht kundtun kann, § 159 Abs. 2 S. 2 FamFG. In diesen Fällen muss sich das Gericht zwingend einen persönlichen Eindruck von dem Kind, also auch bei einem Säugling oder Kleinkind, verschaffen, um etwaige Anhaltspunkte für Verwahrlosung, Entwicklungsverzögerungen oder Verängstigung des Kindes zu ermitteln oder entsprechende Anhaltspunkte beurteilen zu können (OLG Saarbrücken, a. a. O).

8. Beschwerdeverfahren

Das Beschwerdeverfahren bestimmt sich nach § 68 Abs. 3 S. 1 FamFG im Übrigen nach den Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug.

Nach § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG kann das Beschwerdegericht davon absehen, einen Termin, eine mündliche Verhandlung oder einzelne Verfahrenshandlungen durchzuführen, wenn

- diese bereits im ersten Rechtszug vorgenommen wurden und
- von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind.

§ 68 Abs. 3 S. 2 FamFG gilt aber nach § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG nicht, wenn die Beschwerde ein Hauptsacheverfahren betrifft, in dem eine der Entscheidungen über die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge nach den §§ 1666 und 1666a des BGB in Betracht kommt.

a) Erneute Anhörung bei Änderung / Aufnahme von Kinderschutzmaßnahmen

Nach Ansicht des BVerfG lassen die Entstehungsgeschichte und die vom Gesetzgeber mit der Reform des Beschwerdeverfahrens verfolgten Zwecke es fachrechtlich möglich erscheinen, § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG auch für anwendbar zu halten, wenn das Hauptsacheverfahren Entscheidungen über die Abänderung oder Aufnahmen von Kinderschutzmaßnahmen nach § 1696 Abs. 2 BGB betreffen und etwa eine Trennung des Kindes von seinen Eltern aufrechterhalten bleiben soll (BVerfG 13.7.22, 1 BvR 580/22, Nichtannahmebeschluss, FamRZ 22, 1616; vgl. BT-Drucks. 19/23707, S. 51 f.; Strube, NZFam 21, 901, 904). Dafür bedarf es aber einer Entscheidung des Beschwerdegerichts in der Sache. Beabsichtigt das Gericht, die Sache an das Familiengericht zurückzuverweisen, gilt § 68 Abs. 5 FamFG daher nicht, weil es nicht zu einer Sachentscheidung kommt (OLG Brandenburg 4.10.21 9 UF 167/21, FamRZ 22, 806 12, 15; BT-Drucks. 19/23707, S. 52; Witt, FamRZ 21, 1510, 1511).

MERKE | Mit dieser Entscheidung gibt das BVerfG den Beschwerdegerichten nun auf zu prüfen, ob die Vorgaben über den Gesetzeswortlaut hinaus auch auf Fallgestaltungen angewendet werden müssen, die einen ähnlich schwerwiegenden Eingriff in das Eltern- bzw. das Kindesrecht zum Gegenstand haben (BVerfG 13.7.22, 1 BvR 580/22, Nichtannahmebeschluss, FamRZ 22, 1616 = FamRB 22, 437). Es dürfte sich daher zukünftig wohl verbieten, von Verfahrenshandlungen abzu-
sehen, weil diese vom Erstgericht bereits vorgenommen wurden, und zwar unabhängig davon, ob die materiell-rechtliche Grundlage des Verfahrens in § 1666 BGB oder in § 1696 BGB zu suchen ist.

PRAXISTIPP | Wird die Beschwerde zurückgewiesen, ohne dass gesetzlich vorgesehene Verfahrensschritte wiederholt wurden, ist eine mögliche Verletzung von § 68 Abs. 5 FamFG nur eingeschränkt angreifbar:

Wenn die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen wird, kann nur eine Anhörungsrüge nach § 44 FamFG oder eine Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Denn in Familiensachen gibt es keine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH (BGH NJW-RR 20, 1203; Heßler, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 26 EGZPO Rn. 11: für Entscheidungen, die vor dem 1.1.20 verkündet wurden). Im FamFG, das für die nach dem 1.9.09 eingeleiteten Verfahren gilt, gibt es nur die reine Zulassungs-Rechtsbeschwerde, § 70 FamFG. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht eröffnet (Heßler, a. a. O., 35. Aufl., § 70 FamFG Rn. 5).

Unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität ist die Anhörungsrüge der Verfassungsbeschwerde gegenüber zunächst vorgreiflich.

Zu beachten ist die Einlegfrist von zwei Wochen ab Bekanntgabe der behaupteten Gehörsverletzung. Es muss dargelegt werden, welches Tun oder Unterlassen des Gerichts den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat. Weiterhin muss dargelegt werden, dass die Entscheidung bei ordnungsgemäßigem Vorgehen möglicherweise anders ausgefallen wäre.

Bei der Verfassungsbeschwerde ist zu beachten, dass ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör im verfassungsgerichtlichen Verfahren nur von dem davon betroffenen Beteiligten geltend gemacht werden kann, also nur vonseiten des Kindes und nicht seiner Eltern (BVerfG 7.2.22, 1 BvR 1655/21, FamRZ 22, 694). Im Regelfall bedarf es dazu der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1809 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ggf. Anhörungsrüge nach § 44 FamFG ...

... oder subsidiär Verfassungsbeschwerde

Auch der EuGH hat sich mit dem Anhörungsverzicht in der Beschwerdeinstanz befasst (24.10.23, FamRZ 24, 43). Er hält es nicht für geboten, die von dem erstinstanzlichen Gericht abweichende Einschätzung des Beschwerdegerichts nur und insbesondere auf den schriftlichen Vermerk über die erstinstanzliche Anhörung zu stützen, insbesondere wenn eine abweichende Entscheidung beabsichtigt ist. Die Beschwerdeentscheidung wurde zwar auf Anhörungen der Eltern, der Vertreter des Jugendamts und des Umgangspflegers gestützt. Es wurde aber darauf verzichtet, das 10-jährige Kind erneut anzuhören, obwohl das Gericht seine Entscheidung maßgeblich auf die Kindesanhörung stützte.

Auch aus Sicht des EuGH ist die Anhörung eines Kindes nicht immer und unter allen Umständen erforderlich. Zu berücksichtigen sei auch, wann eine letzte Anhörung des Kindes stattgefunden habe (hier vor 8 Monaten). Das Beschwerdegericht wollte aber unter Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Anhörungsvermerk die erstinstanzliche Entscheidung aufheben und über die Angaben im erstinstanzlichen Anhörungsvermerk eine entgegengesetzte Schlussfolgerung ziehen, ohne das Kind erneut anzuhören. Der EuGH hält das für unzulässig. Das Beschwerdegericht hatte folglich keine gesicherte Grundlage für seine Entscheidung, insbesondere nur das schriftliche Protokoll über die Anhörung, kein Sachverständigengutachten eines Psychologen, keinen persönlichen Eindruck in Form einer mündlichen Anhörung, folglich ungesicherte Grundlagen, die zur Aufhebung der Entscheidung geführt haben. Aus Sicht des EuGH wurden die Verfahrensanforderungen aus Art. 8 EMRK nicht eingehalten.

Auch der EuGH hält eine Kindesanhörung nicht immer für erforderlich

Fehlende Anhörung
verstößt gegen
Art. 8 EMRK

Eine fehlende Anhörung im Sorgerechtsverfahren stellt einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK dar. Nach Art. 23b) EuEheVO ist die Anerkennung einer Sorgerechtsentscheidung eines EU-Mitgliedsstaats zu versagen, wenn das Kind nicht zuvor nach § 159 Abs. 1 und 2 FamFG persönlich angehört wurde (Johannsen/Henrich/Althammer-Döll, Familienrecht, a.a.O., § 159 FamFG Rn. 2).

Erneute Anhörung
beim Entzug des
Umgangsbestimmungsrechts streitig

b) Entzug Umgangsbestimmungsrecht: erneute Anhörung in zweiter Instanz?

Die Frage, ob eine Kindesanhörung im Beschwerdeverfahren zu wiederholen ist, ist bezüglich des Entzugs des Umgangsbestimmungsrechts umstritten (BeckOK/Obermann, a.a.O., § 68 FamFG Rn. 63). Nach Ansicht des OLG Frankfurt ist dies nicht erforderlich, § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG greife nicht (17.5.22, 1 UF 31/22, FamRZ 23 541). Es lägen die Voraussetzungen des § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG vor. Das OLG hat von einer erneuten Kindesanhörung abgesehen, da es sich davon keine zusätzlichen Erkenntnisse versprochen hat. § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG stehe dem nicht entgegen. Diese Regelung bezwecke den Schutz in grundrechtssensiblen Bereichen, wie beim Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, beim Ausschluss des Umgangsrechts sowie bei einer Entscheidung über den Erlass einer Verbleibensanordnung.

Beim Entzug allein des Umgangsbestimmungsrechts sei dies nicht gegeben. Die Fälle des Umgangs seien daher von § 68 Abs. 5 Nr. 2 FamFG erfasst und damit gesondert geregelt.

Nach a. A. vernachlässigt diese Meinung, dass das vom BGH nur pauschal als selbstständiger Teil der Personensorge benannte Umgangsbestimmungsrecht (BGH NJW-RR 16, 1089) jedenfalls anlassbezogen auch Fragen des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Regelung des sozialen Umgangs nach § 1632 Abs. 2 BGB betreffe (Obermann, FamRZ 16, 1031; BeckOK/Obermann, a.a.O.). Insoweit erscheine eine einschränkende Auslegung der Ausnahmenvorschrift, die auch den Entzug von Teilen der Personensorge benennt, ohne insoweit einen Mindestanteil zu bestimmen, nicht geboten (BeckOK/Obermann, a.a.O.).

OLG hält erneute
Anhörung nicht für
erforderlich

c) Anhörungspflicht des Beschwerdegerichts bei Erteilung von Auflagen

Das OLG Koblenz beschäftigte sich damit, ob von der erneuten Kindesanhörung durch das Beschwerdegericht nach § 68 Abs. 5 FamFG abgesehen werden kann, wenn Auflagen nach § 1666 BGB erteilt werden (27.1.23, 13 UF 556/22, FamRZ 24, 282). Das OLG hat von der erneuten Anhörung nach § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG abgesehen. § 68 Abs. 5 FamFG stehe nicht entgegen, weil gem. § 1666 BGB die Erteilung von Auflagen keinen Entzug der elterlichen Sorge beinhalte.

A. A. hält
erneute Anhörung
für erforderlich

Ob dies so ist, ist diskussionswürdig, da nach § 68 Abs. 5 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 FamFG ein Absehen von einzelnen Verfahrenshandlungen der ersten Instanz nur gestattet ist, und damit keine Anwendung findet, wenn die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge nach §§ 1666, 1666a BGB **in Betracht kommt**, also wenigstens ernsthaft möglich erscheint (BeckOK/Obermann, a.a.O., § 68 FamFG Rn. 63). Danach wäre eher im Vorfeld zu überlegen, ob eine Entziehung der Personensorge, sei sie teilweise oder vollständig, in Betracht kommt. M. E. sollte es in diesen Fällen nicht so sehr um die Frage einer Prozessökonomie oder -effizienz gehen, sondern vielmehr darum, die gem. § 159 Abs. 2 S. 2 FamFG altersunabhängig erforderliche persönliche Anhörung des Kindes und die Verschaffung des persönlichen Eindrucks von diesem zu wiederholen, statt aus Beschleunigungsgrundsätzen darauf zu verzichten.

REDAKTION | Sie haben Fragen oder Anregungen zur Berichterstattung? Schreiben Sie an IWW Institut, Redaktion „FK“
Aspastr. 24, 59394 Nordkirchen
Fax: 02596 922-99, E-Mail: fk@iww.de
Als Fachverlag ist uns individuelle Rechtsberatung nicht gestattet.

ABONNENTENBETREUUNG | Fragen zum Abonnement beantwortet Ihnen der IWW Institut Kundenservice, Max-Planck-Straße 7/9, 97082 Würzburg
Telefon: 0931 4170-472, Fax: 0931 4170-463, E-Mail: kontakt@iww.de
Bankverbindung: DataM-Services GmbH, Postbank Nürnberg
IBAN: DE80 7601 0085 0007 1398 57, BIC: PBNKDEFFXXX



IHR PLUS IM NETZ | Online – Mobile – Social Media

Online: Unter fk.iww.de finden Sie

- Downloads (Musterformulierungen, Checklisten u.v.m.)
- Archiv (alle Beiträge seit 2001)
- Rechtsquellen (Urteile, Gesetze u.v.m.)

Vergrößern Sie Ihren Wissensvorsprung: Registrieren Sie sich auf iww.de/registrieren, schalten Sie Ihr Abonnement frei und lesen Sie aktuelle Fachbeiträge früher.
Rufen Sie an, wenn Sie Fragen haben: 0931 4170-472.

Mobile: Lesen Sie „FK“ in der myIWW-App für Smartphone/Tablet-PC.

- Appstore (iOS)
- Google play (Android) → Suche: myIWW oder scannen Sie den QR-Code



Social Media: Folgen Sie „FK“ auch auf facebook.com/fk.iww



NEWSLETTER | Abonnieren Sie auch die kostenlosen IWW-Newsletter für Rechtsanwälte auf iww.de/newsletter:

- FK-Newsletter
- BGH-Leitsatz-Entscheidungen
- IWW kompakt für Rechtsanwälte
- BFH-Leitsatz-Entscheidungen



SEMINARE | Nutzen Sie das IWW-Seminarangebot für Ihre Fortbildung: seminare.iww.de

FAMILIENRECHT KOMPAKT (ISSN 1617-8173)

Herausgeber und Verlag | IWW Institut für Wissen in der Wirtschaft GmbH, Niederlassung: Aspastraße 24, 59394 Nordkirchen, Geschäftsführer: Bernhard Münster, Günter Schürger, Telefon: 02596 922-0, Fax: 02596 922-99, E-Mail: info@iww.de, Internet: iww.de, Sitz: Max-Planck-Straße 7/9, 97082 Würzburg

Redaktion | RA (Syndikus-RA) Michael Bach (Chefredakteur); RA Dr. Gudrun Möller (stellv. Chefredakteurin), FA Familienrecht (verantwortlich)

Ständige Autoren | VRiOLG Dieter Büte i.R., Bad Bodenteich/Celle; VRiOLG a.D. Hartmut Wick, Celle; RiOLG Andreas Kohlenberg, Celle; Rain Dr. Judith Krämer, Hamburg; RAin Thuid Neumann, Konstanz; RiOLG Paul Wesseler, Hamm RA Thomas Stein, Limburg, RA Prof. Dr. Wolfgang Böhm, München, RA Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, Osterholz-Scharmbeck

Bezugsbedingungen | Der Informationsdienst erscheint monatlich. Er kostet pro Monat 20,80 EUR einschließlich Versand und Umsatzsteuer. Das Abonnement ist jederzeit zum Monatsende kündbar.

Hinweise | Alle Rechte am Inhalt liegen beim IWW Institut. Nachdruck und jede Form der Wiedergabe auch in anderen Medien sind selbst auszugsweise nur nach schriftlicher Zustimmung des IWW Instituts erlaubt. Der Inhalt des Informationsdienstes ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität des Themas und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d). Dies beinhaltet keine Wertung.

Zitierweise | Beispiele: „Müller, FK 11, 20“ oder „FK 11, 20“

Bildquelle | ©DZMITRY - stock.adobe.com; ©hugy - stock.adobe.com

Druck | H. Rademann GmbH Print + Business Partner, 59348 Lüdinghausen

GOGREEN

Wir versenden klimafreundlich
mit der Deutschen Post

IMPRESSUM

IHR ABO KANN MEHR!

Ohne zusätzliche Kosten.
Jetzt weitere Nutzer freischalten!

**1 Abo =
3 Nutzer**

Holen Sie jetzt alles aus Ihrem Abo raus!

FK Familienrecht kompakt unterstützt Sie optimal im beruflichen Alltag. Aber nutzen Sie in Ihrer Kanzlei auch das ganze Potenzial?

Unser Tipp: Nutzen Sie den Informationsdienst an möglichst vielen Arbeitsplätzen und schalten Sie die digitalen Inhalte für zwei weitere Kollegen frei! Das kostet Sie nichts, denn in Ihrem digitalen Abonnement sind **automatisch drei Nutzer-Lizenzen** enthalten.

Der Vorteil: Ihre Kollegen können selbst nach Informationen und Arbeitshilfen suchen – **und Sie verlieren keine Zeit** mit der Abstimmung und Weitergabe im Team.

Und so einfach geht's: Auf iww.de anmelden, weitere Nutzer eintragen, fertig!

IWW INSTITUT

In Ihrem Abonnement enthalten:
Drei Nutzer-Lizenzen für die digitalen Inhalte

Direkt umsetzbare Empfehlungen, anschauliche Musterfälle, grafische Arbeitshilfen u. v. m. – Ihr Abonnement bietet digital umfangreiche Fachliteratur zu Ihrem Arbeitsgebiet. Aber nicht nur das: Ihr Abonnement erhält automatisch auch drei Lizenzen für Nutzer in Ihrer Kanzlei/Praxis. Sie können auch Kollegen und Mitarbeiter auf die digitalen Inhalte zugreifen – ganz ohne weitere Kosten.

Hier erfahren Sie, wie es geht.

Schritt 1: Anmeldung

Melden Sie sich mit Ihren Zugangsdaten an unter:
■ www.iww.de/anmeldung
Sie haben noch kein IWW Konto?
Dann registrieren Sie sich zunächst unter:
■ www.iww.de/registrierung

Anmeldung

Ich bin schon beim IWW Institut registriert.
max.muellermann@kanzlei.de
[Anmelden] [Abbrechen]

Sobald Sie angemeldet sind, finden Sie Ihre derzeit aktiven Abonnements unter:
■ www.iww.de/mein-konto
oder geben Sie den Link www.iww.de/handlencenter ein.

Mein Konto 
[Letzte Aktivitäten]

**Kurzanleitung
herunterladen unter:
www.iww.de/s7219**